

# 국제형사재판소의 전쟁범죄 규정과 그 의의

유영근 (대화문화아카데미)

## 국문요약

전쟁을 비롯한 군사적 갈등의 지속은 국제사회가 전쟁을 주요한 국제범죄로 규정하고 법적으로 처벌하는 규범들을 만들도록 하였으며 마침내 국제형사재판소의 설립으로 이어졌다. 국제형사재판소는 크게 '집단학살'(genocide), '반인도적 범죄'(crimes against humanity), '전쟁범죄'(war crimes)를 세계 공동체에 가장 위협이 되는 중요범죄로 규정하고 그것들을 다루는 것으로 국제형사재판소의 역할을 규정하였다. 특히 국제형사재판소의 설립 근거가 되는 로마규정 8장을 중심으로 전쟁범죄를 구체적으로 열거·규정하고 있다. 역사적으로 첫 번째 국제 상설재판소인 국제형사재판소는 이러한 규정을 통하여 법의 지배라는 원칙하에서 전쟁 범죄자에 대한 처벌을 엄정하게 하여, 전쟁을 억지하고 방지함으로써 세계 평화에 기여하는 것을 그 목적으로 하고 있다.

주제어: 국제형사재판소, 국제평화, 국제범죄, 전쟁범죄, 전쟁, 무력분쟁

## I. 머리말

전쟁은 인류사에서 그 역사가 매우 길다. 그 원인과 규모는 다르지만 전쟁은 대규모 물질적 피해뿐만 아니라 커다란 인명 피해를 낳으며 과연 인간이 합리적이고 이성적인 존재인가를 의심하게끔 만드는 참혹한 결

과를 인류에게 여러 차례 안겨다 주었다. 그러나 참혹한 경험만으로는 교훈이 되기에 부족했던 것인지 크고 작은 전쟁은 오늘날까지 끊임없이 반복되고 있다.

인간이 경험으로부터 배우고 그 경험을 통하여 실수를 반복하지 않는 존재라면 너나 할 것 없이 모두가 피해자였던 제1차 세계대전의 경험만으로도 제2차 세계대전은 일어나지 말았어야 했다. 그러나 인류는 제1차 세계대전이 끝나고 난 후 20년이 조금 지나 다시 세계적 규모의 전쟁인 제2차 세계대전 속으로 빠져 들었다. 제2차 세계대전의 피해는 실로 막대한 것이었다.<sup>1)</sup> 그 이후에도 한국전쟁을 비롯하여 전쟁이 세계 곳곳에서 계속적으로 일어나 지구상에 전쟁이 없던 날이 하루도 없었다.<sup>2)</sup> 과연 인류사는 전쟁의 연속사에 불과한 것인가?

여러 가지 이유로 끊임없이 전쟁이 일어나고 있는 현실에서 전쟁방지를 위한 국제사회의 노력도 다양한 방식으로 이루어져 왔다. 국제기구를 통해 국가 간 긴장을 외교적으로 해결하려고도 하였고, 여러 가지 국제규범과 법을 만들어 전쟁을 억지, 전쟁으로 인한 피해를 최소화하고자 노력해왔다.

전쟁을 비롯한 군사적 갈등의 지속은 국제사회가 특히 전쟁을 국제 범죄로 규정하고 법적으로 처벌하는 규범들을 만들도록 하였으며 마침내 국제형사재판소(International Criminal Court: ICC)의 설립으로 이어졌다.

1) 무려 55개국이 연합국(49개국)과 동맹국(6개국)으로 나뉘어 1939년부터 1945년까지 6년여 동안 전쟁을 치른 결과 민간인 희생자 2,500만 명을 포함 무려 5,000만 명이 목숨을 잃었다. Stewart Ross, *The Second World War* (London: Evan Brothers, 1995) 참고.

2) 2차 세계대전 이래로 250여 차례의 군사갈등이 있었으며 그러한 군사갈등과 폭력적인 정부에 의하여 1억 7천만 명의 희생자가 발생한 것으로 알려졌다. 히로세 다카시 저, 위정훈 역, 『인간은 왜 전쟁을 하는가』 (서울: 프로메테우스, 2011) 참고.

이 글에서는 그간 국제사회가 전쟁을 범죄로 규정하고 이를 방지하기 위하여 해 온 노력들을 살펴보고 이것이 국제형사재판소의 설립으로 이어진 과정을 보며, 전쟁범죄와 관련한 국제형사재판소의 역할과 그 의의, 그리고 국제형사재판소 규정에서 전쟁범죄가 어떻게 규정되어 있는가를 살펴보고자 한다.

## II. 20세기 이후 전쟁방지를 위한 국제사회의 노력

전쟁이 없는 상태가 반드시 평화의 필요충분조건을 충족시킨 것은 아니지만 최소한 평화의 필요조건으로서 전쟁이 없는 상태 혹은 전쟁 방지를 위한 국제사회의 노력은 여러 형태로 진행되어왔다.<sup>3)</sup> 특히 20세기에 들어와 그 노력은 1919년 ‘베르사이유 조약(Treaty of Versailles)’에서<sup>4)</sup> 시작하여 1998년 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’(Rome Statute of International Criminal Court)으로 이어졌다. 물론 그 사이에 여러 협약, 선언, 협정 등이 만들어지고 작동하면서 그것들이 국제형사재판소가 만들

3) 전쟁범죄를 행한 개인을 국제법 위반자로서 기소한 사례가 3세기 그리스에서도 있었던 것으로 알려졌다. Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law* (London: Stevens & Son, 1960), pp. 17~18. 그리고 근대 국제법 체계에서 전쟁범죄를 기소한 것은 1474년 독일의 페터 폰 호헨바흐(Peter von Hohenbach)의 경우이다. Georg Schwarzenberger, *International Law As Applied by International Court and Tribunals*, vol. 2 (London: Stevens & Son, 1968), pp. 462~466.

4) 1919년 비준된 베르사이유 조약에는 독일 군인들을 전쟁범죄로 기소하는 내용이 들어있다. 특히 228조는 연합군이 전쟁에 관한 법률과 관습을 어긴 행위로 독일 군인들을 군사법정에 세우는 것을 독일 정부가 인정하도록 하고 있다. 뿐만 아니라 당시 독일황제가 전쟁에 개인적 책임이 있다고 분명히 하였고 독일 군인들을 법정에서 세울 재판을 세울 권리가 연합국들에게 있음을 명시하였다. Treaty of Versailles (1919), Art. 227, 228.

어지기까지의 토대가 되었다.

특히 1949년에 4개의 ‘제네바 협정’(Geneva Convention)<sup>5)</sup>이 체결됨으로써 상설 국제형사재판소 설립에 대한 기대와 가능성을 보다 구체적으로 가질 수 있었다. 그리고 그것보다 한 해 앞서 1948년 ‘집단학살 방지와 처벌에 관한 협약’(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) 채택 과정에서 유엔 총회는 국제법 전문가들로 하여금 특별 위원회를 구성하여 집단학살을 행한 사람들을 법적으로 다룰 국제법적 기구를 만들 것을 검토하게 하였다. 특히 ‘집단학살 방지와 처벌에 관한 협약’ 6조를 통하여 “집단학살을 자행한 사람들을 국제법적으로 처벌할 수 있는 재판소를 통하여 재판을 할 수 있도록 한다”고 규정함으로써 국제사회에 전쟁범죄와 같이 인류에 심각한 해가 되는 범죄를 다룰 상설 재판소 설립의 길을 열어 놓았다. 그러나 이후 국제관계가 냉전 상황으로 오랜 기간 지속되면서 그러한 논의가 한동안 발전을 이루지 못하였다.

다시 말하여 전쟁범죄 등 인류와 국제사회의 평화를 위협하는 범죄행위를 다루기 위한 국제형사재판소와 같은 상설 재판소를 국제사회에 만들려는 노력은 거의 반세기 동안 이루어져 온 것이다. 상설 재판소가 실제로 만들어지기 이전에는 임시 군사재판소(ad hoc military tribunal)나 임시 형사재판소(ad hoc criminal tribunal)를 만들어 특정한 사건에 대해 국제사회가 일시적으로 법적 대처를 해 왔다. 이 같은 예로 제2차 세계대전 후 독일 나찌와 일본 제국주의가 저지른 전쟁 범죄를 처리하기 위하

5) 제네바 협정은 광범위하게 육해공에서 일어나는 전쟁에 대한 규범을 논의하였는데 특히 전쟁포로(POW) 등에 대한 규범을 다룸으로써 전쟁 중의 정의(jus in bello)에 대한 근대적 규정을 만든 것으로 평가된다. Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 67.

여 만들어진 ‘뉘른베르크 재판소’(Nuremberg Tribunal)와 ‘극동 재판소’(Far East Tribunal)가 대표적이다.

그로부터 50여 년이 지난 후 유엔안전보장이사회의 의결로 두 개의 임시 재판소가 다시 설립되었다. 1993년 유엔 안전보장이사회는 유엔 헌장에 의거하여 ‘구 유고슬라비아를 위한 국제형사재판소’(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY)를 설치하였으며 1994년에는 ‘르완다를 위한 국제형사재판소’(International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR)를 설치하였다. 이에 앞서 유엔 안전보장이사회는 1975년에서 1979년 사이에 캄보디아 크메르 루즈 정부하에서 국제인권법의 위반에 해당될만한 일을 자행한 고위 관료들을 재판하기 위한 임시 법정을 설립하는 것을 논의한 바 있다. 이렇게 국제사회는 임시 재판소를 설립하여 인류에 반하는 극악무도한 범죄를 저지른 자들을 처벌하려 하였다. 그러나 그러한 범죄자들을 사실상 법정에 세우는 일은 쉽지 않았다.

냉전이 끝나고 1989년 국제마약거래 범죄와 관련하여 국제사회가 법적으로 해결해야 할 문제가 제기되었고 이와 더불어 앞서 언급한 ‘구 유고슬라비아를 위한 국제형사재판소’와 ‘르완다를 위한 국제형사재판소’ 등을 통하여 얻은 경험과 역사 위에서 상설 국제형사재판소 설립에 대한 논의가 재개되었다.

물론 이러한 임시재판소들이 결국 ‘승자의 정의’를 관철하기 위한 것이 아니냐는 비판도 있어 왔다.<sup>6)</sup> 그러나 이러한 과정에서 국제인권법을 비롯한 관련 국제법이 크게 발전할 수 있는 계기가 마련된 것도 분명하다. ‘뉘른베르크 재판소’와 1949년 8월12일 제네바에서 전쟁희생자 보호를 위한 ‘제네바 협정’이 채택된 이후 40여 년 동안보다 오히려 ‘구 유고슬라비

6) James Meernik, “Victor’s Justice or the Law?: Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,” *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 47, no. 2 (April 2003), pp. 140~162.

아를 위한 국제형사재판소가 만들어 진 이후의 짧은 기간 동안에 국제 사회가 전쟁범죄를 다루는 방식에 대해 더 많은 논의가 있었고 그에 따라 관련 국제법도 더 발전할 수 있는 계기를 마련한 것으로 보인다. 특히 ‘구 유고슬라비아를 위한 국제형사재판소’는 관련 국제 관습법을 넓게 해석하는데 기여하여 전쟁 범죄자들을 법적으로 처리할 수 있는 근거와 여지를 넓게 한 결정적인 계기가 되었다.

마침내 1996년 유엔총회를 통하여 국제형사재판소 설립에 관한 법령을 만드는 준비위원회가 만들어졌고 2년 간의 집중적인 논의와 협상 끝에 1998년 7월 17일 국제형사재판소 설립에 관한 법령인 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’(이하 로마규정)이 확정되었다.

### III. 국제형사재판소

#### 1. 국제형사재판소의 탄생

1998년 7월 국제사회에 상설적인 형사재판소를 설립하는 안이 마침내 가결되었다. 로마에서 열린 이 투표에는 총 148개국 이 참가하여 120개국이 찬성하고 21개 국가가 기권하였으며 7개국이 반대하였다.<sup>7)</sup> 로마규정

7) 반대표를 던진 국가들은 중국, 이라크, 이스라엘, 리비아, 카타르, 예멘, 그리고 미국이다. 특히 미국은 “유엔안전보장 이사회 역할이 제한된다”, “미국 헌법의 권리장전이 보장하는 법적 정당한 절차가 보장되지 않는다”, “국가 주권이 침해된다”는 등의 이유를 내세워 이에 반대하였다. 그러나 이러한 미국의 입장은 사안에 따라 일관성을 보이지 못하여 국제사회에서 강대국의 위치를 지키려는 것으로만 비쳐 많은 국가들의 비난을 사고 있다. 특히 미국이 반대표를 던진 하나의 커다란 이유는 미군들이 세계 곳곳에서 불법행위를 저질러 국제형사재판소에 소추될 사례가 많을 것을 우려한 것으로 보인다. 미국은 이 뿐 아니라 자국민을 국제형사재판소에 세우는 일을 막는 것을 넘어 미국 지원을 받는 국

126조에 의하면 60개국 이상이 비준해야 그 규정이 효력을 발휘할 수 있도록 되어있다. 2002년 4월 마침내 불가리아, 캄보디아, 아일랜드 등 10개국이 추가로 비준함으로써 같은 해 7월 국제형사재판소가 역사상 처음으로 이른바 세계 공동체에 심각한 위협이 되는 범죄행위를 다룰 상설 재판소로서의 지위를 가지며 그 기능을 할 수 있게 되었다.<sup>8)</sup>

국제사회가 점차 더 상호의존적으로 됨에 따라 국제사회의 형사범죄에 대해 공동으로 대처해야 한다는 가치가 공유되면서 그러한 목표를 실현할 수 있는 방안이 오랫동안 모색되어 왔다. 이것은 국가주권 불가침이라는 이름하에 국제사회가 형사법적 범죄를 처리하는데 방해가 되었던 것들을 극복하려는 노력이었다. 앞서 이야기하였지만 국제형사재판소를 설립하기 이전에 각 국은 자국 형사법 체계 안에서 이러한 범죄를 다루거나, 임시재판소를 설치하여 몇몇 전쟁범죄를 다루었다. 그러나 이런 특별 임시재판소는 그 목적이 매우 한정적이었기에 특정 범죄 행위만을 대상으로 한시적으로 운영되었다.

물론 개별 국가 단위에서 군사적 갈등 상황에서 행해진 개인들의 전쟁범죄에 책임을 묻는 내용을 법률로써 명문화한 경우들이 역사적으로 존재한다. 예를 들어 미국에서 1863년에 리버 코드(Lieber Code)를 통하여 남북전쟁으로 인해 발생한 전쟁포로를 비롯하여 전쟁에 관한 여러 가지를 규정하는 법안을 마련하여 전쟁 중에 일어난 개인의 범죄행위를 다루었다.<sup>9)</sup> 그리고 독일의 1919년 바이마르 헌법에도 개인의 전쟁범죄 행위

---

가들로 하여금 국제형사재판소에 협조하지 않도록 하였다. Lee Feinstein and Tod Lindberg, *Means to an End: U.S. Interest in the International Criminal Court* (Washington: Brookings Institution Press, 2011) 참고.

8) 로마규약을 비준한 국가들은 당사자 국가 총회에 참석하여 국제형사재판소의 예산, 판사 추천 및 임명, 검사 선출 등의 문제에 의견을 낼 수 있다. Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 112.

9) 리버 코드 71조에 의하면 의도적으로 상대에게 더 추가로 상처를 입히거나 다

에 대해 책임을 묻는 내용이 들어있다.<sup>10)</sup> 그러나 독일이 독일군들을 법정에 인도하지 않았기 때문에 전쟁범죄 재판소가 실제로는 설립된 적이 없다.

유엔에서 1995년 첫 번째로 임시 위원회를 열어 다시 상설 국제형사재판소의 필요성을 본격적으로 논의하기 시작하였고, 이후 유엔 주재로 집중적인 4년 간의 관련 외교관 회의를 열었다. 그리고 준비위원회가 결성되어 유엔의 국제법위원회를 중심으로 국제형사재판소를 위한 법령을 만들기 시작하였다.

이 준비위원회 활동은 국제 인권법에 커다란 변화를 가져오는데 중요한 역할을 하였다. 이 위원회는 특히 국제법에서 형법의 일반원칙을 매우 분명하게 적용하였다는데 그 공로가 있다. 이를테면 불소급 원칙, 형사법적 책임을 져야 할 연령 규정, 공소시효, 범죄행위 요건(actus reus), 범의 요건(mens rea), 법에 대한 오해로 발생한 범죄행위, 그리고 형법상 책임에서 벗어나는 조건 등 형사법적 규정과 절차를 명확하게 하였다.

## 2. 국제형사재판소의 역할과 의의

국제형사재판소는 크게 ‘집단학살’, ‘반인도적 범죄’, ‘전쟁범죄’를 전세계 공동체에 가장 위협이 되는 중요범죄로 규정하고 그것들을 다루는 것을 주요 역할로 하였다.<sup>11)</sup> 이 세 가지 범죄는 로마규정 6, 7, 8장을 통하

---

른 병사들로 하여금 그렇게 하도록 부추긴 경우에 죽임을 당할 것이라고 규정하고 있다. Lieber Code (1863), Art. 71.

10) Treaty of Versailles (1919), Art. 229.

11) 국제형사재판소는 이 세 가지 범주의 범죄행위 이외에 공격범죄(crime of aggression)를 그 범주에 포함시킬 것인가를 논의한 바 있으며 이 이외에 국제사회의 평화와 안전을 해치는 범죄행위에 대하여서는 회원국의 동의를 거쳐 추가할 수 있도록 되어 있다. Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art.

여 그 구성요건 등이 명료하게 정의되어 있다.

이에 따르면 ‘집단학살’은 “어떤 민족이나 인종, 종교 집단을 의도적으로 파괴할 목적으로 살인, 심각한 육체적·정신적 상해, 출산을 방해하는 조치, 어린이들을 강제적으로 다른 집단으로 편입시키는 것”이라고 규정되어 있다.<sup>12)</sup> ‘반인도적 범죄’는 “민간인에게 광범위하고도 체계적으로 행해지는 공격행위”라 규정하고 있다. 살인, 몰살, 노예화, 추방 및 강제 이주, 불법감금, 고문, 강간, 성적 노예화, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임, 성폭력, 박해, 강제 실종, 인종차별 등을 그에 해당하는 범죄행위로 열거하고 있다.<sup>13)</sup> 한편 ‘전쟁 범죄’는 국가 간의 무력 갈등뿐만 아니라 한 국가 내에서 일어나는 무력 갈등도 포함한다고 정의하면서 민간인들에 대한 의도적 살해, 고문, 보호될 가치가 있는 재산에 대한 파괴 등을 전쟁범죄 행위에 포함시키고 있다.<sup>14)</sup>

상설적인 국제형사재판소를 만든 것은 위에서 언급한 ‘집단학살’, ‘반인도적 범죄’, ‘전쟁범죄’ 등을 다룸에 있어 보편적 관할권(universal jurisdiction)을 적용했다는 점에서 큰 의미가 있다. 이와 더불어 국제 인권법을 위반한 개인에 대하여 관련 국가들이 기소할 수 있는 법적 방안을 마련했다는 점에서 또 다른 의미를 갖는다.<sup>15)</sup> 여기서 보편적 관할권을 적용한다는 것은 국제형사재판소 뿐 아니라 각 국가가 국제형사재판소에서 규정하는 범죄행위를 포함하여 국제사회에 심각한 위협이 되는 범죄행위에 대하여 그 범죄행위가 그 나라에서 일어나지 않았다 하더라도, 그리고 범죄행위를 저지른 사람이나 범죄행위 피해자가 자국민이 아

6, 7, 8.

12) Ibid., Art. 6

13) Ibid., Art. 7.

14) Ibid., Art. 8.

15) Eric A. Posner, “The Decline of International Court of Justice,” *University of Chicago Public Working Paper*, no. 81 (2004) 참고.

나라 하더라도 범죄행위와 범죄행위자를 인지했을 경우 그 범죄자를 자국의 법정에 세울 수 있다는 의미이다.

이러한 보편적 관할권 원칙 하에서 국제형사재판소는 각 국가나 유엔 안전보장이사회가 국제형사재판소가 관할권을 갖는 범죄행위가 일어난 것을 인지하고 국제형사재판소에게 그 범죄행위에 대해 조사를 개시해 달라고 요청을 하면 법률행위를 개시하게 된다.<sup>16)</sup> 그리고 국제형사재판소는 이 같은 유엔안전보장이사회나 당사자 국가의 요청에 의해서 뿐 아니라 피해자, 비정부기구, 그리고 국제형사재판소가 스스로 얻은 신뢰할 만한 정보에 의거하여 전쟁범죄자 등을 기소할 수 있도록 되어 있다.<sup>17)</sup> 즉 국제형사재판소는 스스로 합리적인 이유가 있다고 판단되면 범죄행위를 증명하기 위한 조사를 개시할 수 있다.

이러한 보편적 관할권 원칙은 1949년의 제네바 협정에서도 적용된 바가 있다. 제네바 협정의 모든 당사국은 범죄행위를 저질렀거나 그것을 명령한 사람들을 국적에 상관없이 자국 법정에 세울 수 있도록 하였다.<sup>18)</sup> 그런데 로마규정을 만드는 과정에서 이 보편적 관할권은 각국마다 입장 차이가 커 매우 격렬하게 논의된 주제였다. 그 결과 두 가지 조건하에서의 보편적 관할권을 인정하기로 하였다. 그 두 가지 조건이란 첫째, 범죄행위가 일어난 장소가 되는 국가(territorial state)가 로마규정 당사국이거나 국제형사재판소의 관할권에 동의하는 경우이다. 둘째로는 범죄행위를 저지른 자의 국적이 로마규정 당사국이거나 국제형사재판소의 관할권에 동의하는 경우에 보편적 관할권이 적용된다고 하였다.<sup>19)</sup> 그

<sup>16)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 13.

<sup>17)</sup> Ibid., 15. 이것을 보통 *ex officio* 조항이라고 한다.

<sup>18)</sup> Geneva Convention I (1949), Art. 49; Geneva Convention II (1949), Art. 50; Geneva Convention III (1949), Art. 129; Geneva Convention IV (1949), Art. 146.

<sup>19)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 12.

러나 이러한 보편적 관할권을 행사하기 위한 사전 조건은 만일 유엔안전보장이사회가 유엔헌장 7장에 의거하여 국제형사재판소에 사건을 개시해 줄 것을 의뢰할 경우에는 적용되지 않는다고 예외를 둬으로써 보편적 관할권 원칙이 좀 더 넓게 적용되도록 하였다.<sup>20)</sup>

그런데 이러한 국제형사재판소의 관할권은 기본적으로 각 국가 법정에 대하여 보완적인 기능을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 만일 어느 국가가 그 국가의 법정에서 조사 및 기소 행위를 시작하였다면 국제형사재판소는 같은 사건에 대하여 법률행위를 할 수 없다.<sup>21)</sup> 그런데 만일 개별 국가가-범죄가 일어난 국가이든, 범죄자의 국적 국가이든-범죄자를 처벌하지 않아 범죄자들이 국가의 보호 아래 숨어 있을 경우 국제형사재판소가 보편적 관할권 원칙에 의거하여 그 범죄자를 법정에 세울 수 있다.

국제형사재판소의 근거가 되는 로마규정의 또 다른 중요한 의의는 앞서 이야기한 것처럼 집단학살, 반인도적 범죄, 전쟁범죄를 저지른 ‘개인’들을 법적으로 처벌할 수 있는 국제사회의 규범을 만든 것이다.<sup>22)</sup> 그 법령은 그러한 범죄행위가 국가의 ‘공식적인 정책’으로 행해졌거나 한 국가의 수반이 행한 것이라 할지라도 책임을 면할 수 없도록 하였다.<sup>23)</sup> 다시 말하여 국가의 수반이나 정부 고위관리, 군 장교 등이 그의 공식적인 지위와 역할 안에서 행한 행위라도 면책사유가 될 수 없다는 것이다. 그리고 그러한 범죄행위를 직접 행한 사람뿐만 아니라 이를 명령하거나 다른

20) Ibid., Art. 12, 13.

21) Ibid., Art. 1.

22) 국제형사재판소와 유엔의 사법기관인 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)의 가장 큰 차이는 국제사법재판소는 국가 간 법정 분쟁을 취급하기 때문에 법정 분쟁의 당사자가 ‘개인’이 아니라 ‘국가’라는 점이다. Statute of the International Court of Justice (2007) 참고.

23) Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 27.

사람들이 그러한 범죄행위를 하도록 유도한 사람들도 처벌 대상이 된다.<sup>24)</sup>

형법 절차상 국제형사재판소의 재판과정은 가장 엄격한 수준에서의 공정한 재판의 원칙을 따른다. 그래서 로마규정에도 각 국의 형법체제와 마찬가지로 피의자의 권리를 보장하는 원칙들이 명시되어 있다. 이를테면 무죄추정 원칙, 변호사의 도움을 받을 권리, 신속하게 재판을 받을 권리, 합리적 의심을 넘어(beyond reasonable doubt) 범죄행위를 증명할 검사의 책임 등이 명시되어 있다.<sup>25)</sup> 그리고 범죄 피해자와 증인들을 조사 과정이나 재판과정 동안 보호하기 위하여 재판소 내에 이들을 위한 특별 기구-‘피해자와 증인들을 위한 부서’(Victims and Witnesses Unit)-를 두었고 필요에 따라 피해자와 증인들이 그들 국가에 보호 요청을 할 수 있도록 하였다.<sup>26)</sup> 이러한 국제형사재판소의 활동은 국제사회에 법의 지배라는 원칙을 관철해가면서 세계 공동체를 위협하는 심각한 죄를 지은 범죄자에게는 그에 상응하는 징계를 가하고,<sup>27)</sup> 범죄행위의 피해자에게는 적절한 배상을 함으로써 그러한 범죄가 일어나는 것을 방지하고 피해자를 보호하는 역할을 한다.<sup>28)</sup>

네덜란드 헤이그에 위치하고 있는 국제형사재판소는 3개의 부분으로-예심 재판부, 1심 재판부, 상소 재판부-으로 구성되어 있으며, 18명의 판사가 9년 단임 원칙하에 일하고 있다.<sup>29)</sup> 판사와 검사의 추천과 선출은 당사자 국가들이 담당한다.<sup>30)</sup>

24) Ibid., Art. 25.

25) Ibid., Art. 66, 67.

26) Ibid., Art. 43(6).

27) 국제형사재판소는 범죄자에 대하여 사형을 선고할 수는 없고 최대 종신형까지 내릴 수 있다. Ibid., Art. 77.

28) 피해자에 대한 배상은 피해자 신탁 기금(Trust Fund for Victims)을 통하여 이루어지고 있다.

29) Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 36.

30) Ibid., Art. 36(4), 42(4).

### 3. 국제형사재판소의 규정을 통해서 본 전쟁범죄

이 장에서는 로마규정을 통하여 국제형사재판소에서 규정하는 전쟁범죄 구성요건에 대하여 로마규정이 의거하고 있는 이전 규범, 협약들과의 비교를 통하여 자세히 살펴보고자 한다.

로마규정은 앞서 언급한 것처럼 제8장을 통해 전쟁범죄를 정의하고 있다. 특히 1949년 제네바 협정의 내용들을 준거로 하여 7가지 행위-의 도적 살해, 비인간적 방식으로 행해지는 고문, 의도적으로 육체에 고통을 가하거나 상해를 입히는 행위, 재산의 과도한 파괴 및 전용, 강제 노역, 공정한 재판받을 권리를 박탈하는 행위, 불법추방·강제이주·감금·인질-를 전쟁범죄 행위로 열거하고 있다.<sup>31)</sup> 이 밖에도 8장 (2)(b)절을 통하여 “국제 군사 갈등이 일어났을 때 적용될 만한 국제법의 틀 안에서 국제법과 국제 관습에 대해 심대한 위반 행위로 규정될 수 있는 것들”이 전쟁범죄에 포함된다고 규정함으로써 위에서 열거된 7가지 행위를 넘어서서 전쟁범죄를 확대·적용할 가능성을 열어 놓았다.<sup>32)</sup>

이와 같은 전쟁범죄와 관련한 국제형사재판소의 규정은 기존의 국제법적 규정들과 대체로 일관성을 갖는 것으로 특히 1949년 제네바 협정, 제네바 협정에 대한 두 개의 의정서(Protocol 1, Protocol 2) 그리고 헤이그 협정(Hague Regulation)에 있는 내용들과 일치하는 것이 많다.<sup>33)</sup>

특히 로마규정에는 국가 간의 전쟁뿐만 아니라 냉전 이후 한 국가 내에서의 종족 간, 인종 간, 종교 간 전쟁이 많이 발생하는 국제사회 현실을 반영하여 국가 내 무력 갈등과 내전과 관련된 전쟁범죄에 관한 규정

<sup>31)</sup> Ibid., Art. 8(2)(a).

<sup>32)</sup> Ibid., Art. 8(2)(b).

<sup>33)</sup> Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities,” *The American Journal of International Law*, vol. 89, no. 3 (July 1995) 참고.

도 중요하게 다루고 있다. 이에 대한 규정은 로마규정 8장 (2)(c)절에서부터 (f)절까지 나와 있는데 이 역시 기존 국제법 규정들과 기본틀을 같이 한다. 그리하여 로마규정에는 전쟁을 국가 간 전쟁을 의미하는 국제전쟁과 내전 등을 의미하는 국내전으로 구분하고 이를 다시 각기 34개 범죄와 16개 범죄로 열거하고 있다. 그러나 이른바 소란, 긴장, 폭동, 그리고 개별적이고 간헐적으로 일어나는 폭력행위는 국제형사재판소가 관할권을 갖는 국가 내 갈등 혹은 내전의 범주에서 제외시켰다.<sup>34)</sup> 이는 자칫 국제사회가 정의라는 이름으로 한 국가의 주권을 침해할 가능성이 있기 때문에 이에 대한 우려를 반영한 것으로 보인다. 그 결과 로마규정이 지금까지 국제사회에서 만들어진 어느 규정이나 협약보다 한 국가 내에서 일어나는 무력분쟁이나 내전에 대하여 가장 정확한 언어로 설명하고 있기는 하나 오히려 그 범주를 너무 좁게 설정한 것이 아닌가 한다.<sup>35)</sup>

로마규정 8장 (2)(b)에서는 민간인에 대한 군사공격과 그로 인한 피해를 다루고 있다. 여기에서는 의도적으로 민간인을 공격 목표로 삼은 행위뿐만 아니라 ‘군사공격이 민간인의 목숨을 해하거나 상해를 입힐 수 있는 가능성이 있다는 것을 알고도 공격한 행위’, ‘피해국가의 환경을 심각하게 훼손할 가능성을 알고 의도적으로 공격한 행위’, ‘민간인들이 사는 마을 등을 공격하거나 포격하는 행위’를 전쟁범죄에 포함시켰다.<sup>36)</sup> 이 규정은 주로 제네바 협정의 첫 번째 의정서에서 원용한 것이지만 중요한 차이를 보이는 것이 있다. 즉, 제네바 협정 첫 번째 의정서 85조 3항은 민간인에 대한 군사공격의 결과가 “사망이나 육체 혹은 건강에 심각한 상해를 입힌 경우”로 규정하고 있으나 로마규정에서는 그러한 요소

<sup>34)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 8(2)(d), (f).

<sup>35)</sup> Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 102.

<sup>36)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), 8(2)(b).

를 명시하지 않음으로써 민간인에 대한 피해를 더 광범위하게 보호하려 하였다.

로마규정 8장 2항 (b)(iv)절에서는 군사공격의 여파로 피해 국가의 자연환경이 광범위하고 장기적이며 심각하게 피해를 입을 것을 알고도 한 공격행위에 대해서도 심각한 전쟁범죄행위로 간주하고 있다.<sup>37)</sup> 이러한 자연환경 피해에 대한 규정은 이전의 제네바 협정이나 의정서에서는 전혀 언급되지 않은 새로운 내용으로, 전쟁을 통해 자연환경이 훼손되는데 대한 우려를 담았다. 이는 전 세계적으로 여러 가지 이유로 인하여 자연환경이 크게 파괴되고 그것이 어느 한 나라에만 국한되는 문제가 아니라 전 지구적인 문제가 되는 상황에서 전쟁으로 인하여 자연환경이 파괴되는 것을 막아야겠다는 현실적인 우려와 의지가 반영된 것이다.

그리고 로마규정 8장 2항 (b)(viii)절에서는 점령군이 민간인들을 강제로 이주시키는 것도 전쟁범죄로 간주한다.<sup>38)</sup> 여기에는 직접적인 강제 이주뿐 아니라 간접적인 방식으로 이주를 강요하는 것도 포함된다. 이것은 4번째 제네바 협정 49장에 기초한 것인데, 제네바 협정 첫 번째 의정서 85장 4절에도 이와 유사한 내용이 들어있다. 그런데 로마규정은 이전의 협정서들이나 의정서에서 규정한 것과 달리 그 범위를 넓혀 전쟁 시 점령군이 자국민들을 점령지역으로 강제로 이주시키는 것까지 금지시키고 있다.<sup>39)</sup>

로마규정 8장 (2)(b)(iii)절에서는 국제법적으로 분쟁지역에서 민간인들을 보호할 임무를 부여받은 유엔 요원들에 대한 의도적이고 직접적인 공격을 심각한 전쟁범죄로 규정한다.<sup>40)</sup> 로마규정은 전쟁범죄 규정에 평화

<sup>37)</sup> Ibid., Art. 8(2)(b)(iv).

<sup>38)</sup> Ibid., Art. 8(2)(b)(viii).

<sup>39)</sup> Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute—Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 112.

유지를 위해 파견된 국제기구 요원에 대한 보호를 넣은 첫 번째 국제법적 규정이다.

로마규정에는 특히 15살 이하의 어린이들을 군인으로 징집하는 것을 금지하는 내용이 포함되어 있다.<sup>41)</sup> 즉 15살 이하의 어린이들을 징집하여 적대행위에 참여케 하는 것을 전면 금지한 것이다. 이것은 1949년 제네바 협정, ‘어린이 권리에 관한 유엔 협정’(UN Convention on the Rights of the Child)과 일치하는 내용이다.<sup>42)</sup> 그러나 이 주제와 관련된 또 다른 국제 협약인 ‘어린이의 무력 분쟁에 관한 선택 의정서’(Optional Protocol to the Convention of the Child)와는 어린이를 규정하는 나이 기준에서 차이를 보인다. ‘어린이의 무력 분쟁에 관한 선택 의정서’에서는 강제 징집을 금지하는 어린이의 나이를 18살 이하로 규정하였다. 그리고 여기서는 국가의 군대 뿐 아니라 어떤 형태로든 군사행위를 하는 집단에 18살 이하의 어린이를 동원하는 것을 금지하였다. 뿐만 아니라 강제 징집이 아니라 하더라도 18살 이하의 어린이들이 자발적으로 군사집단에 가입하는 것 자체를 금지하였다. 그러나 로마규정에서는 그 범위가 오히려 좁혀져 국제군사 갈등의 맥락에서 ‘국가 군대’에 징집하는 것만을 금지하는 정도로 제한되었다. 이에 대하여 휴먼라이츠워치(Human Rights Watch) 등 국제 인권단체에서 로마규정도 어린이를 15세 이하가 아니라 18세로 이하로 정하고 보다 광범위하게 어린이를 보호할 수 있도록 이와 관련된 규정을 수정할 것을 강하게 주장하였으나 그러한 주장이 받아들여지지 않았다.

또한 국제형사재판소의 로마규정은 이전의 관련 국제법에서 여성에

<sup>40)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 8(2)(b)(iii).

<sup>41)</sup> Ibid., Art. 8(2)(b)(xxvi), (e)(vii).

<sup>42)</sup> Convention on the Rights of the Child, U.N. Doc. A/RES/44/25 (12 December 1989).

대한 폭력을 단지 여성의 존엄성에 대한 도전으로만 표현하고 인식했던 것을 보다 구체화하고 명시화하여 강간, 성적 노예화, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임화, 성적 폭력 등으로 분명하게 나열하면서 그것을 단지 여성의 존엄성에 대한 도전이라는 추상적인 차원에서 보는 것이 아니라 여성을 넘어 인류에 대한 범죄로 분명하게 규정하였다.<sup>43)</sup> 전쟁 중 여성에 대해 가해지는 폭력이나 여성이 당하게 되는 피해는 헤이그 협정이나 제네바 협정에서도 물론 언급하고는 있지만,<sup>44)</sup> 로마규정은 특히 전쟁 중에 일어날 수 있는 성폭력을 매우 심각한 범죄로 분명하게 규정한 첫 번째 국제법적 규정이라고 할 수 있다. 다시 말하여 로마규정에는 제네바 협정과 그 첫 번째 의정서에서 “강간과 강제 매춘 그리고 그 밖에 추잡한 공격행위”로 전쟁 중에 일어날 수 있는 여성에 대한 공격행위가 다소 추상적이고 협소하게 규정되어 있는 것보다 훨씬 구체적으로 성폭력과 관련된 범죄행위들이 열거되어 있다. 법적으로 범죄 종류가 열거되어 있으면 그 범죄행위를 처벌하는데 보다 명확한 근거 규정이 되기 때문에 ‘추잡한 공격행위’와 같은 표현처럼 불명확하게 정의되어 있는 것보다 훨씬 강력한 법적제재의 근거가 된다. 이는 전쟁 중에 여성들이 당하게 되는 피해에 대해 더 강력한 보호조치를 취해야겠다는 법의가 반영된 것으로 평가할 수 있다.

전쟁 중에 민간인의 피해를 최소화하는 것을 주요한 목적 중의 하나로 하는 로마규정은 전쟁 중 사용하는 무기에 대한 규정도 중요하게 다루고 있다.<sup>45)</sup> 즉 어떤 종류의 무기를 사용하는 것이 전쟁범죄인지를 규정하였

<sup>43)</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art 7(1)g, h, 8(2)(b)(xxii), (2)(e)(vi).

<sup>44)</sup> 특히 로마규정 이전의 전쟁에 관한 국제법적 규정이나 협정에서는 전쟁 중에 여성에게 가해지는 강간(rape)만 전쟁범죄 내용으로 규정하였을 뿐 다양한 형태로 가해지는 성적 폭력은 언급하지 않는다. Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute—Issues, Negotiations, Results*, p. 361.

는데, 로마규정에 의하면 대량살상이 가능한 독가스를 무기로 사용하는 것을 심각한 전쟁범죄 행위로 규정하고 있다. 또한 대량살상무기 (weapons of mass destruction) 사용에 대한 금지를 강력하게 표현하였고 어떠한 종류의 화학무기도 사용하지 못하도록 명시하였다.<sup>46)</sup> 이 밖에도 생물학적 무기, 핵무기, 무차별 파괴를 초래하는 무기 등을 전쟁 중이라 할지라도 사용을 금지시키고 있다.<sup>47)</sup>

#### IV. 맺음말

역사상 처음으로 국제사회에서 만들어진 상설 재판소로서 국제형사재판소는 유엔으로부터도 독립되어 있는 기구로서 국제사회, 세계 공동체를 위협하는 범죄행위에 대하여 ‘법의 지배’를 관철하기 위하여 오랜 시간 동안 국제사회의 논의를 거쳐 만들어졌다. 그런 점에서 이전에 있었던 유고슬라비아와 르완다를 위하여 임시로 만들어졌던 재판소들과는 그 법적 지위가 다르다. 유고슬라비아를 위한 임시재판소와 르완다를 위한 임시재판소는 그 관할권이나 예산, 운영 등이 유엔안전보장이사회에 의존하는 임시 기구였다. 따라서 활동범위도 매우 제한적이었다. 이는 2차 세계대전 이후 한시적으로 매우 특정한 목적을 가지고 설립된 군사재판소들도 마찬가지였다. 즉 국제형사재판소는 특히 2차 세계대전 이후 만들어졌던 여러 임시 재판소들에서 다루었던 국제범죄행위를 이전보다

45) 전쟁 중 사용무기에 대한 통제와 제한은 1899년 헤이그에서 열린 평화회의에서 덤덤탄(dum-dum bullet)이라고 불린 총탄을 전쟁 시 사용해도 되는지에 대한 논의가 시초이다. Geoffrey Robertson, *Crimes against Humanity* (New York: The New Press, 1999), p. 167.

46) Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Art. 8(2)(b)(xvii), (xviii).

47) Ibid., Art. 8(2)(b)(iv), (xx).

법 앞의 평등이라는 대원칙하에 공정하게 다루고 개별 국가들의 정치력이나 경제력으로부터 독립적인 국제형사기구로서의 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.

그러나 국제형사재판소가 각국의 형법체계를 대체하는 것은 아니다. 단지 전쟁범죄를 포함하여 집단학살, 반인도적 범죄 등이 일어났을 때 그 범죄행위자에 대해 책임 있는 국가가 적절한 법적 조치를 취하지 못하거나, 그렇게 할 의도가 없을 때 국제형사재판소가 역할을 하려는 것이다.<sup>48)</sup> 다시 말해 전쟁범죄자 등에 대하여 책임 있게 법적 처리를 하여야 하는 국가가 그 범죄자의 범죄행위를 오히려 감추려 한다거나, 법적 절차가 공정하지 않아 정의에 반하는 것으로 판단될 경우, 그리고 그 국가의 법률체계가 붕괴되어 피의자를 체포하거나 증거를 수집할 능력을 잃었을 때 국제형사재판소가 관할권을 행사하는 것이다.

그런데 앞으로 국제형사재판소가 독립적인 국제기구로서 전쟁범죄를 비롯하여 국제평화를 해치거나 인권에 반하는 행위를 공정하고 효율적으로 처리하기 위해서는 몇 가지가 더 제도적으로 보완되어야 할 것으로 생각된다. 우선 국제형사재판소가 관할권을 행사할 때 개별 국가의 동의를 얻는 데서 완전히 자유로워야 한다. 그리고 여전히 힘의 정치가 관철되는 유엔안전보장이사회로부터도 법적 지위상의 자유를 넘어 완전히 실질상의 자유로운 지위를 가져야 한다. 그리하여 국제형사재판소 직권에 의한 전쟁범죄자 등에 대한 기소가 효율적으로 가능하도록 해야 한다. 뿐만 아니라 국제형사재판소가 관할권을 가지고 법률행위를 할 때 각 국가의 협조가 하나의 의무로서 보다 강화되어야 할 것이다. 국제형사재판소가 독립기구이긴 하지만 각 국가로부터의 협력이 있어야 독립

<sup>48)</sup> 로마규정에는 어떤 상황이 그러한 법적 조치를 취하는 것이 불가능한 상황인지, 혹은 국가가 법적 조치를 취할 수 있음에도 불구하고 그것을 꺼리는 상황인지가 규정되어 있다.

기구로서 역할을 할 수 있기 때문이다. 국제형사재판소는 자체의 경찰력을 가지고 있지도 않고 또한 조사 및 기소 과정에서 필요한 자원도 제한적이기 때문에 각 국가의 협력은 필수적이다. 각 국가의 협력에 관한 것은 로마규정 86조와 102조에 언급되어 있다.<sup>49)</sup> 로마규정 86조는 모든 당사국들이 국제형사재판소의 요청이 있을 때 협조하는 것을 기본 의무로 규정하고 있다. 그리고 당사국들은 88조의 규정에 따라 각 국가의 법체계 하에서 필요한 절차를 제공할 의무를 갖는다.<sup>50)</sup> 이것은 피의자의 체포 및 인도를 비롯하여 증인의 법정출두 보장, 증거 보존 등을 포함한다.

그간 인류의 역사는 전쟁사라 할 만큼 너무나도 많은 전쟁이 있었고, 또 그만큼 많이 전쟁방지를 위한 회의, 협약, 국제기구, 조직 등이 만들어졌다. 그러나 전쟁은 오늘도 여전히 계속되고 있다. 국제사회를 위협에 빠뜨리는 중대한 범죄행위-집단학살, 반인도적 범죄, 전쟁범죄-를 법의 지배라는 원칙하에 다루려는 국제형사재판소 설립은 국제평화를 위하고 국제정의를 세우려는 세계 공동체의 노력의 일단이 결실을 맺은 것임에 분명하다. 앞으로 각 국가 뿐 아니라 국제 시민사회는 국제형사재판소가 독립적이고 균형을 가진 역사적 기구로서 제 역할을 다 할 수 있도록 도와야 할 것이다.

■ 접수: 2012년 11월 7일 / 수정: 2012년 12월 3일 / 게재확정: 2012년 12월 3일

49) Ibid., Art. 86, 102.

50) Ibid., Art. 88.

## 【참고문헌】

### 국문

히로세 다카시 저. 위정훈 역. 『인간은 왜 전쟁을 하는가』. 서울: 프로메테우스, 2011.

### 영문

Feinstein, Lee and Tod Lindberg. *Means to an End: U.S. Interest in the International Criminal Court*. Washington: Brookings Institution Press, 2011.

Lee, Roy. S. *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*. Hague: Kluwer Law International, 1999.

Meernik, James. “Victor’s Justice or the Law?: Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.” *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 47, no. 2 (April 2003), pp. 140~162.

Meron, Theodor. “International Criminalization of Internal Atrocities.” *The American Journal of International Law*, vol. 89, no. 3 (July 1995), pp. 554~577.

Posner, Eric A. “The Decline of International Court of Justice.” *University of Chicago Public Working Paper*, no. 81 (2004).

Ratner, Steven R. and Jason S. Abrams. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Robertson, Geoffrey. *Crimes against Humanity*. New York: The New Press, 1999.

Ross, Stewart. *The Second World War*. London: Evan Brothers, 1995.

Schwarzenberger, Georg. *International Law As Applied by International Court and Tribunals*, vol. 2. London: Stevens & Son, 1968.

Steiner, Henry J. and Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Woetzel, Robert K. *The Nuremberg Trials in International Law*. London: Stevens & Son, 1960.

### 규정 및 법령

Convention on the Rights of the Child, U.N. Doc. A/RES/44/25 (1989)

Geneva Convention I (1949)

Geneva Convention II (1949)

Geneva Convention III (1949)

Geneva Convention IV (1949)

Lieber Code (1863)

Rome Statute of the International Criminal Court (1998)

Statute of the International Court of Justice (2007)

Treaty of Versailles (1919)

Abstract

The Meaning of War Crimes under Rome Statute of International Criminal Court

Yu, Youngkun (Korea Dialogue Academy)

There have been endless armed conflicts and wars in the world. The international community has tried to control them in various ways. Eventually, the international community agreed to establish a standing criminal court, the International Criminal Court. The International Criminal Court was set up to deal with the most serious crimes of concern to the international community. It has jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes, as defined by the Rome Statute. Especially war crimes are defined and enumerated under Article 8 of the statute. It is widely expected that wars are deterred and prevented under the principle of law with the role of the International Criminal Court.

Key Words: international criminal court, international peace, international crime, war crimes, war, armed conflict

유영근 .....

연세대학교 사회학과(학사)와 정치학과(석사)를 졸업하였으며 Graduate Faculty, New School University(M.A.)와 City University of New York, School of Law (J.D)를 졸업하고 미국 변호사 자격증을 취득하였고, 현재 대화문화아카데미 기획연구실장으로 재직 중이다. 저서로는 『종교 근본주의』(공저), 역서로는 『남과여, 은폐된 성적계약』(공역)이 있으며 논문으로는 “주민참여와 공공권역의 활성화에 관한 연구” 등이 있다.